

**A DEMOCRACIA NO POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS Kelsen****Walter Mesquita Hupsel***
Daniela Davis Portela****RESUMO**

Este artigo visa contribuir para a discussão nas interseções da teoria política e filosofia do direito, na relação entre Direito e democracia no pensamento de Hans Kelsen e a valoração da democracia como forma procedimental de tomada de decisão legítima.

Palavras-chave: Hans Kelsen; Positivismo; Democracia; Teoria Política; Filosofia do Direito.

DEMOCRACY IN THE LEGAL POSITIVISM OF HANS Kelsen**ABSTRACT**

This article aims to contribute to the discussion about the intersections of Hans Kelsen's thinking on political theory and philosophy of Law, the relationship between Law and democracy, as well as, the value of the democracy as a procedural form of legitimate decision-making.

Keywords: Hans Kelsen; Legal Positivism; Democracy; Political Theory; Philosophy of Law.

1 INTRODUÇÃO

Esse artigo é fruto de uma pesquisa sobre os pensamentos de três juristas alemães sobre política e controle de constitucionalidade durante a crise da República de Weimar. Hans Kelsen, Carl Schmitt e Herman Heller se debruçaram enormemente sobre o tema entendendo que a crise weimeriana passava pelo desenho institucional do estado alemão e a velha questão da última *ratio* jurídica. Em outras palavras, perguntavam os autores onde estaria o locus do poder político-jurídico.

Kelsen, o mais lido e citado destes autores, é, paradoxalmente, o mais desconhecido. O conhecimento sobre ele fica muito restrito a seu positivismo jurídico, também esse comumente mal interpretado. Ousamos aqui dizer que, na bibliografia brasileira, quem mais

* É formado em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo, mestre em Ciência Política pela mesma Universidade, consultor político e professor de Teoria Política.

** Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia, graduada em Direito pela Universidade Católica de Salvador em 2004, membro do VIDA – Grupo de Pesquisa em Bioética da Universidade Federal da Bahia





entendeu a proposta kelseniana foi Tércio Sampaio Ferraz Jr., ao interpretar as premissas juspositivistas como metodologia para dotar a ciência jurídica de saber autônomo.

Saber autônomo não é saber isolado, mas apenas desenhos de objetos sobre os quais a ciência do direito teria a legitimidade de investigar sem se confundir com outras ciências. Isso, contudo, não impede que Kelsen “rejeite” a interpretação do senso comum sobre o positivismo e se posicione valorativamente sobre questões políticas, arranjos institucionais e forma de governo.

Não. Longe de Kelsen ser um “intelectual de gabinete”, ensimesmado. Ao contrário, o próprio se denominava austro-socialista e via na democracia o caminho para sociedades mais modernas que convivem e aceitam as diferenças dos sujeitos livres e iguais.

Assim, o que apresentamos abaixo, por meio do método dogmático e de revisão bibliográfica, é o pensamento positivista kelseniano nessa interseção entre o jurídico e o político, debatendo essência e o valor, maioria e minoria, democracia e a autocracia.

2 CABE DISCUTIR POLÍTICA DENTRO DA TEORIA PURA DO DIREITO?

Os defensores do positivismo jurídico insistem que existem dois Kelsens diferentes: um jurista e preocupado com o Direito enquanto ciência e outro filósofo político, cujas atenções se voltam para problemas como a democracia, a justiça. Estes dois conviveriam pacificamente, em âmbitos completamente diversos, onde cada um respeitaria o limite do outro; quase duas pessoas diferentes. Desta maneira não há contradição entre o principal defensor da teoria pura e um filósofo democrata. O erro seria tomar um pelo outro e julgar a filosofia política de Kelsen pela sua teoria do Direito.

Obviamente não podemos seguir por este caminho. Está claro que pretendemos aqui tomar a teoria kelseniana como uma teoria jurídico-política e que até mesmo o pai da Teoria Pura do Direito cai em tentação e resvala em uma teoria valorativa e normativa travestida de descrição. Se isto é uma traição ao juspositivismo, é coisa que cabe uma investigação mais profunda, que não é o objetivo aqui.

Mas o que fica clara é a preocupação de Kelsen em dissertar sobre assuntos que normalmente estão fora das reflexões dos positivistas jurídicos como um todo; isso se deve, em nossa





concepção, ao flanco aberto pelo positivismo jurídico às interpretações totalitárias do Estado, interpretações estas que ganharam terreno no mundo político e que tomaram de assalto o século XX. Kelsen tem plena ciência que o direito puro, deixado por si só, pode facilitar o acesso das ideias totalitárias ao Estado.

Na tentativa de vedar esta porta, o jurista vienense consegue, e de maneira exemplar, juntar a Teoria Pura do Direito e a sua ideia de democracia sem prejuízo para nenhuma das partes.

Para alcançar os objetivos deste texto é necessário tratar da teoria como partes que estão intimamente ligadas e que, por isso, constituem um todo. Por isso a necessidade de se entender tanto a Teoria Pura do Direito, quanto a Teoria Geral do Estado e os textos sobre a filosofia política, notadamente *Essência e Valor da Democracia* e *Fundamentos da Democracia*.

3 A DEMOCRACIA KELSENIANA: ENTRE O POSSÍVEL E O DESEJADO

As revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX assumiram a democracia como palavra de ordem. Dos EUA à França, os nascentes movimentos operários, enfim, a palavra democracia seduziu a quase todos, aos mais divergentes grupos (Cf. Eric Hobsbawm 1992). Isto representou perigo para a ideia da democracia, pois ela foi levada como valor último. Desde então, apareceu um confronto entre a democracia e a ideologia democrática que, ao invés de iluminar o debate, tende a obscurecê-lo.

A democracia virou, praticamente, uma palavra vazia, de conteúdo metamórfico, que cabe em qualquer discurso e em qualquer ação. Se isto aconteceu, temos dois caminhos para trilhar; ou aceitamos a polivalência do termo, agora muito mais um slogan, ou buscamos retomar a discussão limpando o terreno, separando o valor e os consequentes juízos da essência, do núcleo duro da democracia, daquilo que poderia ser chamado as “condições mínimas de existência”, que, em sua ausência, nada restaria do termo.

Um outro problema identificado é que, exatamente por ter virado palavra de ordem, as discussões sobre ela não passam mais por um debate entre adversários e defensores da democracia, e sim de concepções diferentes sobre ela. O que está em jogo, para Kelsen, é a sobrevivência da própria democracia porque a maioria dos ataques que ela sofre não viria de



um sabido inimigo, mas sim dos que carregam a bandeira da democracia; para tal fim é de suma importância saber o que a democracia tem de bom em si mesma e o que, em nome do ideal democrático perdido nas brumas dos autores antigos, age contra a possível democracia contemporânea.

Assim Kelsen, no artigo *Essência e Valor da Democracia*, vai caminhar pelas principais características da democracia para tentar defender uma democracia possível contra as ideias utópicas de democracia que negam, ao cabo, a própria possibilidade de sua implementação.

Para tal empreitada, é necessário recorrer aos conceitos fundamentais do pensamento democrático, presentes principalmente nos filósofos jusnaturalistas, mas não só, e perceber as mudanças do conteúdo semântico destes conceitos. A luta pela democracia passa por uma negação do seu ideal, por uma “concretização” das suas possibilidades. Kelsen sabe muito bem que, em não se desmistificando conceitos basilares do pensamento democrático, a democracia agiria contra si própria, impossibilitando-se de se realizar. Tal como o Uróboro, a serpente que come o próprio rabo, os ideais democráticos, longe de resolver os problemas apresentados, terminariam por se destruir.

Buscando separar os campos geradores das tensões para aproveitar o que cada polo tem a oferecer e descartar o que seria prejudicial à teoria democrática, Kelsen navega entre o valor e o fato, entre o ser e o dever-ser, entre o ideal e o possível; só fazendo estas distinções necessárias, ensina-nos o jurista vienense, é que se pode entender o núcleo duro da teoria sobre a democracia, é que se pode erigir uma democracia que não esteja presa a pressupostos e promessas passadas e que, ao mesmo tempo, não se configure como uma teoria exclusiva, única e monádica, da “verdadeira democracia”.

A liberdade é a primeira, e talvez, a mais importante das conquistas democráticas que Kelsen analisa “É o valor de liberdade e não o de igualdade que determina, em primeiro lugar, a ideia de democracia” (KELSEN, 1993, p. 99). O problema posto, tanto do ponto de vista da ideia, quanto do ponto de vista do concreto, é até que ponto a liberdade, se mal entendida, não representa uma ameaça à sobrevivência da democracia. Para trafegarmos nesta seara nebulosa é imprescindível que distingamos, tal como os filósofos contratualistas, a liberdade ideal



(autonomia¹ total frente às imposições sociais) e a liberdade civil. Para o jurista vienense, a autonomia, tal como descrita acima, é impossível em sociedades avançadas² visto que a necessária organização social impõe um certo grau de heteronomia.

“Se deve haver sociedade e, mais ainda, o Estado, deve haver um regulamento obrigatório das relações dos homens entre si, deve haver um poder. Mas, se devemos ser comandados, queremos sê-lo por nós mesmos. A liberdade natural transforma-se numa liberdade social ou política” (idem, p.28). Portanto, retomando um problema já presente nos clássicos, Kelsen aponta para a impossibilidade da realização da liberdade entendida como autonomia: “A importância realmente enorme da ideia de liberdade na ideologia política seria inexplicável se ela não proviesse das profundezas da alma humana, de onde provem também o instinto primitivo antiestatal que impele o indivíduo contra a sociedade” (idem, p.29).

O ideal de liberdade é contrário à sociedade e ao Estado, pois, levada ao extremo, liberdade significa ausência de impedimentos externos, para Kelsen “no sentido original de liberdade, só é livre quem vive fora da sociedade e do Estado” (KELSEN, 1992, p. 279). A vida em grupo é uma constante barreira à realização da liberdade, como estamos tratando de democracia, e – portanto – de vida social, é preciso desmistificar a palavra liberdade; se quisermos, de fato, entender a democracia, temos que ter ciência que o ideal de liberdade está excluído das sociedades complexas. “A liberdade da anarquia transmuta-se, assim, na autodeterminação da democracia” (KELSEN, 1998, p. 4). A liberdade, que agiria contra a sociedade, acaba exprimindo uma determinada posição do indivíduo na sociedade.

A invenção democrática e as necessárias mudanças em conceitos e ideias nos trazem uma minoração do problema da autonomia versus heteronomia; ela possibilita através de métodos técnico-políticos que nós nos imponhamos as leis as quais estaremos submetidos.

¹ Kelsen varias vezes utiliza “autonomia” mesmo para a vida social moderna. Deve-se deixar claro uma mudança no conteúdo da palavra “autonomia” para pudermos aplicá-la aos dias atuais. “A democracia, em favor da elaboração de uma ordem social ulterior, renuncia à unanimidade que, hipoteticamente, poderia ser aplicada à sua fundação por contrato e contenta-se com as decisões tomadas pela maioria, limitando-se a aproximar-se de sua ideia original. O fato de se continuar falando de autonomia e considerando cada um como submisso à sua própria vontade, enquanto o que vale é a lei da maioria, é um novo progresso da metamorfose da ideia de liberdade” (KELSEN, 1993, p. 30).

² Kelsen faz distinções entre os “primitivos” e os “civilizados”. Mesmo na maioria dos povos “primitivos” há um embrião do direito que regula estas sociedades; portanto não há autonomia no sentido pleno.



Um novo problema se inicia a partir daqui: como devemos então proceder na feitura das leis? Qual método pode ser entendido como o mais democrático, o que respeita as vontades de cada particular envolvido com a formação da vontade do Estado?

Dito de outra maneira: se há sociedade, se há Estado, é porque pode haver discordância entre as partes que a compõe. Como solucionar estas divergências?

4 A DIALÉTICA MAIORIA E MINORIA

A resposta kelseniana é enfática: a regra da maioria é o meio mais adequado para a solução das vontades opostas. Nada de novo na solução que Kelsen aponta. A novidade é a justificativa apresentada. A regra da maioria não deve, nunca, ser entendida pelo princípio da igualdade, tal como fazem alguns defensores da democracia, pois assim reduziríamos isto a um mecanicismo absurdo criticado – com toda razão – pelos adversários da democracia. "Da pressuposição puramente negativa de que um indivíduo não vale mais que outro não se pode deduzir, positivamente, que a vontade da maioria é a que deve prevalecer" (KELSEN, 1993, p. 31)

Caso o princípio da maioria fosse tomado com base na ideias de igualdade, cairíamos no argumento absurdo que "a força supera o direito". Afinal de contas, não é a comunhão entre a vontade do chefe legitimamente eleito e o povo que caracteriza a democracia – a convergência entre a vontade do chefe e a do povo pode estar presente em qualquer regime e forma política, pois é subjetiva e fortuita - mas o fato do maior número possível fazer parte da formação de vontade, mesmo que em um único instante. Mesmo na democracia direta rousseauiana o ato soberano pode ser identificado apenas no momento em que o povo, reunido em assembleia, decide as leis.

Desta maneira, não há diferença entre a democracia direta radical e a democracia representativa parlamentar que Kelsen advoga. Em ambos os casos, a soberania popular e a liberdade de influir na vontade do Estado se restringem a um único instante da vida política; à objeção radical só resta afirmar que na forma representativa de democracia este instante ocorre em intervalos de tempo muito grande, enquanto na democracia direta ocorre diversas vezes, com uma distância temporal menor, o que levaria a uma interferência maior e mais constante do povo na feitura das leis.



A resposta para este argumento está no próprio processo de feitura das leis na democracia direta. Se as reuniões em assembleia são uma constante, as matérias lá deliberadas não o são; cada votação, cada discussão dizem respeito a apenas uma decisão, uma lei. Após a feitura da lei, sobre esta matéria, estariam todos submissos a esta até um momento – longínquo – em que for feita outra sobre o mesmo assunto.

Para defender o princípio da maioria, Kelsen recorre a dois argumentos distintos que se completam. O primeiro argumento remonta a ideia, já exposta, de autonomia. Na impossibilidade de todos serem livres, a regra da maioria impõe que a liberdade atingirá a maior parte possível do grupo social. Claro que desenvolvendo o argumento apresentado chegaremos a um outro problema, pois se a regra da maioria impõe liberdade ao maior número possível, como então defender a maioria simples ao invés da maioria qualificada (2/3; 3/4...)?

O segundo argumento é lógico-procedimental. Primeiro, porque a existência de uma maioria pressupõe também a existência, e reconhecimento, de uma minoria. Desta maneira, a minoria seria reconhecida e preservada enquanto minoria; ou seja, a maioria – por sua própria constituição – reconhece o direito da minoria existir. Partindo do consumado direito à existência, a minoria pode se tornar maioria a qualquer momento, dependendo, para isto, apenas de jogar o jogo democrático.

“Impedir o domínio de classe é o que o princípio majoritário – no âmbito do parlamentarismo – tem condições de realizar” (Idem, p. 67).

Desta maneira, o princípio da maioria tem dois grandes reflexos na vida política. Em primeiro lugar, opera-se reduzindo as possíveis divergências a dois grupos (o majoritário e o minoritário); em segundo lugar, existe uma influência mútua entre os grupos, sendo que as discussões, o debate, as deliberações tendem a chegar a um compromisso entre as partes envolvidas. Não é possível a ideia de uma ditadura da maioria sobre uma minoria – em longo prazo – pois a minoria renuncia ao jogo, assim a maioria deixa de existir deixando o sistema em xeque.

Isto oferece à minoria um meio para influir na decisão da maioria. “(...) o procedimento dialético adotado pela assembleia popular ou pelo parlamento na criação das normas,



procedimento esse que se desenvolve através de discursos e réplicas, foi oportunamente reconhecido como democrático. O domínio da maioria, característico da democracia, distingue-se de qualquer outro tipo de domínio não só porque, segundo sua essência mais íntima, pressupõe por definição uma oposição – a minoria – mas também porque reconhece politicamente tal oposição e a protege com os direitos e liberdades fundamentais” (Idem, p. 105-106).

Neste ponto a concepção que Kelsen expõe no artigo *Essência e Valor da Democracia*, publicado em 1929, assemelha-se com a ideia de Habermas em *Direito e Democracia* – entre a facticidade e a normatividade. Habermas, concordando e citando Dewey, coloca em seu livro que “Os críticos têm razão em afirmar que a regra da maioria, enquanto tal, é absurda. Porém, ela nunca é pura e simplesmente uma regra da maioria... É importante saber quais são os meios através dos quais uma maioria chegar a ser maioria: os debates anteriores, a modificação dos pontos vista (sic) para levar em conta as opiniões da minoria... Noutras palavras, a coisa mais importante consiste em aprimorar os métodos e condições do debate, da discussão e da persuasão” (DEWEY Apud HABERMAS, 1997a, p. 27).

Obviamente, o problema agora exposto só pode ser resolvido caso Kelsen se debruce sobre o que Dewey chama de “aprimorar os métodos e condições do debate, da discussão e da persuasão”. Para o jurista é primordial dedicar atenção ao parlamento e o parlamentarismo, pois são nestes que podemos aprimorar as condições do debate na democracia.

5 PARLAMENTO E DEMOCRACIA

Não que democracia e parlamentarismo sejam sinônimos; na verdade qualquer um dos termos pode aparecer isolado, mas – dada a divisão do trabalho que caracteriza as sociedades modernas – a única forma possível de chegar próximo aos ideais democráticos reside na conjugação dos dois termos. A rigor, Kelsen nos oferece uma definição de democracia que prescinde do parlamentarismo, diz ele que “a democracia, no plano da ideia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a esta ordem, isto é, pelo povo” (KELSEN, 1993, p.35).

Desta maneira, toda discussão sobre democracia precisa, agora, trilhar dois caminhos diferentes: é preciso entender o que seria este “povo” a quem Kelsen atribui a existência da





democracia e entender, também, o parlamento como parte integrante dela o que, em última instância, leva a uma democracia parlamentarista.

Como expressamos acima, a definição de Kelsen sobre a democracia nem toca no parlamentarismo, deixando a entender que é possível – talvez não desejável – a existência de um dos termos sem o outro.

“A democracia moderna só viverá se o parlamentarismo se revelar um instrumento capaz de resolver as questões sociais de nosso tempo. É certo que democracia e parlamentarismo não são idênticos. Mas, uma vez que para o Estado moderno a aplicação de uma democracia direta é praticamente impossível, não se pode duvidar seriamente que o parlamentarismo seja a única forma real possível da ideia de democracia. Por isso o destino do parlamentarismo decidirá também o destino da democracia” (idem, p. 46). Ou mais adiante “O parlamentarismo apresenta-se, então, como uma conciliação entre a exigência democrática de liberdade e o princípio da distribuição do trabalho – causa de diferenciação condicionante de qualquer processo técnico-social” (idem, p. 47).

Por isso, o tema do parlamentarismo é tão caro ao pensamento kelseniano e perpassa toda a sua obra. Do diagnóstico sobre o funcionamento do parlamentarismo Kelsen chega às reformas necessárias.

O problema é que as conquistas que o parlamentarismo trouxe para a vida política se transformaram em “verdades absolutas”, “evidentes”, e o que são vistas são muito mais as promessas não realizadas que as conquistas passadas que, já fazendo parte do cotidiano político, passam por asseguradas ou desimportantes, decantando-se e se dissolvendo no cotidiano. Desta maneira, o parlamentarismo é alvo de ataque tanto da extrema esquerda quanto da extrema direita e, o que é pior e paradigmático, mesmo os partidos de centro estariam decepcionados com as falhas do parlamentarismo, estando cegos para as benesses alcançadas. A luta pelo parlamentarismo foi, historicamente, uma luta pela liberdade. Os críticos do parlamentarismo não conseguem enxergar a conexão necessária entre este e o alcance da liberdade política, imperfeita porém a possível. Acreditando poderem chegar além, tentam – sem perceber - destruir o assegurado.



Por este ponto de vista, a luta pela preservação é relativamente simples, porém difícil. Como as críticas ao sistema parlamentar estão baseadas no “além” e não no “aquém”, no dever-ser e não no ser, basta demonstrar como parlamentarismo e democracia devem, por questão de sobrevivência de ambos, permanecer juntos.

Logo, não estamos tratando de um juízo de valor e sim de um falso juízo de fato. O problema adquire outras proporções. Assim, adequando a estratégia ao diagnóstico, cabe mostrar a impossibilidade do impossível. Dito de outra maneira, Kelsen vai utilizar os argumentos dos críticos para demonstrar que estes, caso implementados, levariam a perdas irreparáveis e que, ao contrario do que propõem, trariam o “aquém” de volta. Mas algumas das críticas serão incorporadas pelo jurista de Viena que aponta como caminho a reforma do parlamento; um reformismo positivo para evitar uma revolução de efeitos negativos.

“Se concebermos o parlamentarismo como a necessária conciliação entre a ideia simplista de liberdade política e o principio da diferenciação do trabalho, poderemos também compreender com clareza qual direção deverá seguir uma eventual reforma do parlamentarismo” (idem, p. 50).

O sentido da reforma proposta por Kelsen é um reforço nos elementos democráticos presentes no parlamentarismo. O mais importante passo a ser dado nesta direção é o fim da imunidade parlamentar. “Se o parlamentarismo, durante sua longa existência, deixou de conquistar a simpatia não apenas das massas, mas também as das pessoas cultas, isso se deve em grande parte aos abusos derivados do inoportuno privilégio da imunidade” (idem, p. 56).

Este caráter jurídico especial que os parlamentares possuem decorre da época das brigas entre o Rei e o parlamento. Tinha um propósito muito claro de evitar as perseguições contra parlamentares impetradas pelo monarca, o que protegia os representantes contra o poder autocrático, e muitas vezes despótico, do Rei, o que, claro, se configurava como um progresso em direção à ideia da soberania popular; no momento atual a imunidade se converte no seu oposto: ela é uma defesa anacrônica, autocrática e irresponsável do parlamentar. Anacrônica, pois os motivos que levaram a sua instituição não mais existem; o que se tem é um grupo privilegiado que faz uso dos seus privilégios para não responder pelos seus atos perante o ordenamento jurídico.





Nas sociedades atuais que conjugam parlamentarismo e democracia, o controle exercido pela opinião pública e pela oposição interna no parlamento pode muito bem, e deve, cumprir a função antes reservada à imunidade. Para Kelsen a permanência da imunidade parlamentar se revela um contrassenso ao mesmo tempo em que fornece argumentos para os adversários da democracia. Ele ainda lembra que há diversas maneiras de se controlar os atos dos parlamentares como, por exemplo, uma espécie de “fidelidade partidária”: o parlamentar perde, em alguns lugares, o mandato caso troquem de partido ou sejam expulsos dele.

Sendo o mandato livre quase que inevitável, a reforma do parlamento tem que ser pensada como aumento do controle popular sobre esta casa. Facilitação dos pedidos de plebiscitos, desenvolvimento dos dispositivos de referendium, iniciativas populares legislativas...

Kelsen curiosamente se aproxima do diagnóstico de Carl Schmitt (A Crise da Democracia Parlamentar, cuja primeira edição em Alemão data de 1923) ao tratar dos problemas do parlamentarismo pois ambos apontam para o imobilismo que muitas vezes emperram o funcionamento da casa, porém o fazem visando soluções diferentes. Schmitt aponta o Hamletismo do parlamento, a falta de decisões em nome do eterno debate; Kelsen critica o obstrucionismo como o principal problema operacional da casa representativa, “um dos problemas mais escabrosos e perigosos do parlamentarismo” (idem, Pg.75).

Este obstrucionismo pode ter duas fontes diferentes: A “técnica” e a “violenta”. A obstrução violenta (barulho em demasia, destruição de mobília...) é injustificável e ilegal e para evitá-la basta reprimir com os meios disponíveis. Recai, assim, sobre a obstrução técnica (discursos prolongados, chamada nominal, moções de urgência, trancamento de pauta...), o problema a ser enfrentado. Se Schmitt e Kelsen concordam com a paralisia do parlamento, discordam radicalmente quanto aos motivos e as consequências dela. Para o alemão a essência do parlamento e da democracia liberal é a discussão, tomada como valor em si, e não a ação. A consequência disto é a questão de Hamlet e a sua indecisão: o parlamento não age por não poder agir, isto iria contra a sua própria lógica. O jurista austríaco não pode compartilhar a visão schmittiana.

Não obstante o obstrucionismo impetrado pela minoria poder ser interpretado como uma falha do parlamentarismo, é importante também entender que esta obstrução pode ser exercida no sentido de se chegar a um compromisso entre os dois grupos: “Todavia, considerá-la (a



obstrução técnica) simplesmente incompatível com o princípio da maioria só seria possível se o princípio da maioria fosse identificado com a soberania da maioria, o que não convém fazer. Realmente, a obstrução foi, não raro, um meio que serviu não para tornar praticamente impossível a formação da vontade parlamentar, mas para orientá-la para um compromisso entre maioria e minoria” (idem, *ibidem*). Como esta paralisia não traz benefícios para nenhum dos dois lados em disputa, a tendência natural é se chegar a um meio-termo.

Desta forma fica definitivamente assinalada a diferença entre a democracia e a autocracia: A primeira busca o meio-termo nas decisões mesmo quando isto se configura como problema; a segunda age de modo radicalmente diverso, impondo suas decisões sem nenhuma consideração às partes envolvidas.

A crítica conservadora, em 1929, ao parlamento reside na questão da representação. Kelsen está no olho do furacão que varrerá a Europa em breve; Mussolini já tinha marchado sobre Roma, A Alemanha e a Espanha estão na antessala da tomada de poder pela ultradireita. Quando se refere ao conservadorismo, é necessário entender que pensava Kelsen no fascismo e na questão então posta da representação profissional no parlamento (Ständeparlament). A aposta conservadora é na substituição tática da representação mecânica parlamentar por uma forma orgânica, ou seja, o corporativismo na casa legislativa. Urge, então, demolir os argumentos dos adversários antes que este espectro se espalhe pelo velho continente em reação ao fantasma de 1848. Para isso ele dedica um capítulo inteiro do artigo citado.

Logo no começo deste capítulo, Kelsen deixa claro que as decisões que formam a vontade do Estado não estão circunscritas pelas profissões; questões como a expansão do sufrágio, dos direitos civis, da política internacional não encontram no corporativismo sua melhor representação. Além disso, nas questões que poderiam encontrar correspondência nas profissões o problema se agrava. Se o parlamento é, como já dito anteriormente, o lugar onde podem acontecer discussões, deliberações, compromissos entre as partes envolvidas, a decisão – deixada a cargo das partes interessadas – não sairá de um jogo procedimental e sim da força.

Onde poderia haver comunhão de interesses só resta o conflito direto deles. Outra questão a ser levada em conta é de como decidir quais as categorias teriam representação e qual o peso de cada uma dentro deste Ständeparlament. Este problema, além de ser extremamente difícil e





complexo, caso possa ser resolvido resultaria, segundo Kelsen, a uma volta às mesmas questões anteriores. A proposta de representação orgânica é, em si mesma, falsa pois impossível; ela resultaria, de acordo com suas próprias premissas, em uma representação mecânica.

“Dada esta situação, não é de admirar que a organização profissional, do modo como até agora se realizou na história, sempre tenha representado a forma como um ou mais grupos procuraram dominar os outros; daí se pode presumir, não sem alguma razão, que a reivindicação, recentemente formulada, de uma organização profissional não manifesta tanto a necessidade de uma participação orgânica, vale dizer justa, de todos os grupos na formação da vontade do Estado, mas, principalmente, a avidez de poder de determinados círculos de interesses aos quais a constituição democrática parece não oferecer oportunidade de sucesso político. É de se notar, pois, que a burguesia reclama uma organização profissional exatamente quando se manifesta a possibilidade de o proletariado, até agora em minoria, tornar-se maioria, exatamente quando se vislumbra a ameaça de o parlamentarismo voltar-se contra o grupo cuja preponderância política ele até agora garantira” (idem, p. 64).

Em reação ao comunismo, a burguesia ameaçada lança argumentos a esmo, sem sentido. Desesperada, não percebe a contradição lógica da sua proposta; na verdade, o argumento da ultradireita tem que ser entendido como uma estratégia, e é isso que o jurista quer deixar claro, de manutenção do poder, nem que para isso abra mão de qualquer privilégio. Mesmo sem citar Marx, Kelsen partilha – por motivos diversos – a análise deste n.º 18 de Brumário de Luis Napoleão. A burguesia europeia da década de vinte e trinta repete, assim, a mesma estratégia da burguesia francesa do início do século XIX.

Mas isso não é tudo, e nem a resolução dos problemas da representação mecânica; estes voltam a ocupar o centro pois, para a sua resolução seria necessário decidir quais profissões teriam representatividade e de que tamanho seria esta. Além disso, o método de escolha dos representantes interno a cada corporação teria de ser uma maneira diferente do simples voto, ou a mecanicidade da representação estaria no momento das escolhas intraprofissionais.

Uma outra objeção pode ser feita, e o é, sobre as decisões que este parlamento profissional virá a tomar. A vida social é tão ampla e portadora de tantos vetores que muitos assuntos de legislação não podem ser reduzidos a categorias profissionais. Como julgar o aumento de



subsídios à agricultura se termos, no caso de uma representação profissional, uma minoria aguerrida que lutará a favor e uma outra igualmente combativa que tentará impedir pois isso resvalaria em seus interesses, por exemplo os industriais, e a grande maioria alheia a esta deliberação? O interesse pessoal pode impedir a manutenção do jogo visto que não há posições intermediárias e que a deliberação se tornou uma matéria em que apenas os diretamente interessados tomam parte, duas minorias entrincheiradas, excluindo a maioria como também o compromisso e o jogo dialético da decisão.

Uma possível objeção à tese parlamentarista kelseniana pode ser levantada: o que impede que estas propostas sejam feitas em um sistema democrático presidencialista? Como já dito, Kelsen condiciona a existência da democracia à sobrevivência do parlamentarismo e não do parlamento; seria o presidencialismo, então, uma forma não-democrática? Não vamos tão longe.

Se o parlamentarismo avança em direção a um compromisso, o presidencialismo age em sentido contrário. As instâncias fundamentais de deliberação, de formação da vontade do Estado, só podem estar realmente presentes na discussão soberana do parlamento; quando é o poder executivo que tem esta função soberana, claramente há a possibilidade de retrocesso para uma situação de “imperador eleito”. Não é a separação de poderes o que caracteriza a democracia, pois, segundo Kelsen, “O dogma da separação dos poderes está no âmago da ideologia da monarquia constitucional. (...) De fato, de qualquer modo que se organize o jogo das forças no Estado, a separação dos poderes acarreta a consequência de o órgão legislativo policefálico – no qual só o povo está representado – não pode impor sua própria supremacia” (idem, p. 89).

A característica fundamental é a eleição como método de escolha e o rodízio dos chefes; visto desta perspectiva o presidencialismo continua sendo democracia. Porém ele, em comparação ao parlamentarismo, enfraquece o exercício da soberania popular podendo, inclusive, debandar para a tirania da maioria, pois a necessidade dos debates está excluída e, com ela, toda a base do sistema parlamentar que requer o compromisso, o meio-termo para o seu funcionamento. O presidente, chefe maior e quase intocável, pode assumir a função do ditador da república romana, um novo César/Kaiser.





Portanto, se podemos aplicar em Kelsen uma tipologia aristotélica, o parlamentarismo é a boa forma de democracia possível e o presidencialismo seria a possibilidade de degeneração dos princípios democráticos.

Mas o próprio Kelsen nos oferece uma forma de distinção dos regimes: “Se o critério da classificação é o modo como, segundo a constituição, a ordem jurídica é criada, então é mais correto distinguir, em vez de três, dois tipos de constituição: a democracia e a autocracia. Esta distinção baseia-se na ideia de liberdade política” (KELSEN, 1992, p. 278).

Como “politicamente livre é quem está sujeito a uma ordem jurídica de cuja criação participa” (idem, ibidem), desta maneira, “Democracia significa que a ‘vontade’ representada na ordem jurídica do Estado é idêntica às vontades dos sujeitos. O seu oposto é a escravidão da aristocracia” (idem, ibidem).

A democracia é aquela que apresenta mais canais de participação na criação da vontade estatal e a autocracia é onde estes canais estão mais fechados. Essa tipologia que enfoca a participação se assemelha a distinção maquiavélica entre o principado e a república (reino da liberdade).

6 CONCLUSÃO: POSITIVISMO E VALORAÇÃO

Até aqui foi apresentada a “essência” da democracia segundo o jurista austríaco. Como é afirmado no título do ensaio, falta explicar qual seria o “valor” dela.

O valor democrático está intimamente ligado à ideia de respeito às opiniões divergentes. Se as decisões são tomadas em conjunto, se existe toda aquela lógica procedimental, convencimento, debate, logo existe também a possibilidade de estarmos errados, sermos derrotados na nossa opinião, ou sermos convencidos a mudar de posição. Ou seja, no horizonte se encontra, na democracia, um certo relativismo valorativo, um relativismo filosófico.

Aqui está o ponto fulcral da defesa da democracia para Kelsen. Não que a “essência” da democracia seja relevante; na verdade ela é fundamental, é condição sine qua non pois, sem essência, a democracia seria um postulado vazio, sem nenhum significado. Ocorre que o valor é condição necessária para a existência empírica de fato. Se não existe este relativismo, esta



possibilidade de mudarmos de opinião, e, ao contrário, partíssemos da premissa de um absolutismo filosófico, toda a essência da democracia seria rejeitada a priori.

Aqui o argumento desenvolvido se assemelha, e muito, ao problema da justiça no positivismo kelseniano, e, na verdade, é a resolução dele.

A justiça é subjetiva, é uma ordenação pessoal de valores. A postura relativista encara de frente esta subjetividade, a eleva ao âmbito do regime político, e resolve através dos procedimentos de escolha democrática. A justiça não tem nenhuma essência em si, mas ela pode ser algo concreto caso sejam observadas as regras de escolha, tal como as regras para a escolha dos chefes anteriormente descritas. Em vez de termos “o estado sou eu” ou “a justiça sou eu”, teríamos “o Estado é formado por nós” e, por isso, “a justiça está como nós escolhemos”.

Dessa maneira, mesmo que Kelsen não tenha chegado a esta conclusão, fica claro que a resposta à ideia jusnaturalista de justiça está na relativização dos valores que é possibilitada pela democracia. No momento que assumimos a transitoriedade das opiniões, a possibilidade do convencimento, que relativizamos os próprios ideais de bem-comum, de justiça, passamos a ser mais tolerante com as opiniões alheias; sendo mais tolerante estamos considerando a possibilidade de errarmos.

Democracia, tolerância e direito positivo (em contraposição ao direito natural) caminham juntos. É esta a síntese que Kelsen propõe no seu trabalho.

Não há democracia sem relativismo moral que impeça as imposições de caráter transcendental baseadas em uma suposta verdade. Não há este relativismo moral se pensarmos na chave do jusnaturalismo, este se assemelha muito mais ao absolutismo moral e político, é esta a função que o positivismo jurídico vem a cumprir: desnudar o estado e mostrar que tudo é coerção, não da natureza, mas do Homem.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor & HORKHEIMER, Max. *Temas Básicos de Sociologia*. Editora Cultrix, São Paulo, 1973.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Editora UFMG, Belo Horizonte, 2002.

_____. *O Estado de Exceção*. Editora Boitempo, São Paulo, 2004.

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge University Press, Grã-Bretanha, 1995.

BERCOVICI, Gilberto . *Entre o Estado Total e o Estado Social: a atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Diritto e Potere – saggi su Kelsen*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.

_____. *Locke e o Direito Natural*. Editora UnB, Brasília, 1998.

_____. *O Positivismo Jurídico*. Ícone Editora, São Paulo, 1999.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Editora UNB, Brasília, 1982.

CASSIRER, Ernest. *O Mito do Estado*. Editora Códex, São Paulo, 2003.

COHN, Gabriel. *Crítica e Resignação - Os fundamentos da sociologia de Max Weber*. T.A. Queiroz Editor, São Paulo, 1979.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Editora Saraiva, São Paulo, 1985.

DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy – Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford University Press, Oxford, 1999.





FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*, Editora Max Limonad, 1998.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade*. Biblioteca Tempo Universitário, Rio de Janeiro, 1997a.

_____. *Técnica e Ciência como Ideologia*, Edições 70, Lisboa, 1997b.

HART, Herbert. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Clarendon Press, Oxford, 1984.

_____. *O Conceito de Direito*. Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1994.

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

HERRERA, Carlos-Miguel. *Le Droit, Le Politique. Autour Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. Éditions L'Harmattan, Paris, 1995.

HOBSBAWM, Eric. *A Era dos Impérios*. Editora Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1992.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. Martins Fontes, São Paulo, 1993.

_____. *A Ilusão da Justiça*. Martins Fontes, São Paulo, 2000a.

_____. *Il Primato Del Parlamento*, Gioffrè Editore, Milão, 1982.

_____. *Jurisdição Constitucional*. Martins Fontes, São Paulo, 2003a.

_____. *O Estado como Integração*. Martins Fontes, São Paulo, 2003b.

_____. *O Que é Justiça?*. Martins Fontes, São Paulo, 1998.

_____. *Quién Debe Ser el Defensor de la Constitución?*. Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

_____. *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes, São Paulo, 2000b.



_____. *Teoría General del Estado*. Editora Nacional, México D.F., 1959.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Martins Fontes, São Paulo, 1992.

KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt. Le politics entre speculation et positivity*. Presses Universitaires de France, Paris, 1992.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Martins Fontes, São Paulo, 1998.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. Editora Max Limonad, São Paulo, 2001.

MARRAMAO, Giacomo. *Poder e Secularização – As Categorias do Tempo*. Editora Unesp, São Paulo, 1995.

MARX, Karl, *O 18 Brumário e Cartas a Kugelmann*, Editora Paz & Terra, São Paulo, 1997.

MATTA, Emmanuel. *O Realismo da Teoria Pura do Direito*. Nova Alvorada Edições LTDA., Salvador, 1994.

PASUKANIS, Eugeny. *A teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1989.

PECORA, Gaetano. *La Democracia di Hans Kelsen*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Editora Cultrix, São Paulo, 1965.

SCHMITT, Carl. *A Crise da Democracia Parlamentar*. Editora pagina Aberta Ltda, São Paulo, 1996a.

_____. *La Defensa de la Constitución*. Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

_____. *Legalidad y Legitimidad*. Editorial Struhart & Cia, Buenos Aires, 1994.

_____. *O Conceito do Político*. Editora Vozes, Petrópolis, 1992.

_____. *Romanticismo Político*. Universidad Nacional de Quilmes Ediciones, 2001a.



_____. *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial, Madrid, 2001b.

_____. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. MIT Press, 1992.

URBINATI, Nadia. *Schmitt's Critique of Liberalism*, in *Cardozo Law Review* 21, Nos. 5-6, 2000.

WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas Vocações*. Editora Cultrix, São Paulo, 1993.